



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2013

---

## **Wettbewerb auf den Märkten der Informationstechnologie - Die Perspektive des Europäischen Kartellrechts**

Heinemann, Andreas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich  
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-85089>  
Book Section

Originally published at:

Heinemann, Andreas (2013). Wettbewerb auf den Märkten der Informationstechnologie - Die Perspektive des Europäischen Kartellrechts. In: Epiney, Astrid; et al. Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2012/2013. Bern/Zürich: Schulthess Verlag, 355-376.

# Wettbewerb auf den Märkten der Informationstechnologie

## Die Perspektive des Europäischen Kartellrechts

*Andreas Heinemann* \*

### Inhaltsübersicht

- A. Ausgangspunkt
- B. Kartelle im IT-Sektor
  - I. DRAM-Speicherchip-Kartell
  - II. Kartell der LCD-Bildschirmhersteller
  - III. Bildröhrenkartell
  - IV. Kartelle für CD- und DVD-Laufwerke sowie für Smartcard-Chips
  - V. Fazit
- C. Hardware- und Softwaremärkte
  - I. Hardwaremärkte
    - 1. IBM
    - 2. Intel
    - 3. Fazit
  - II. Softwaremärkte
    - 1. Microsoft
    - 2. Mathworks
    - 3. Open Source Software
    - 4. Fazit
  - III. Sekundärmärkte
- D. Das Internet
  - I. Internetzugang
    - 1. Regulierungsrecht
    - 2. Zugangsverweigerung
    - 3. Kampfpreisunterbietung
    - 4. Kosten-Preis-Schere
    - 5. Fazit
  - II. Suchmaschinen
    - 1. Bedeutung
    - 2. Google/DoubleClick
    - 3. Google-Verfahren in den USA
    - 4. Google-Verfahren in der EU

---

\* Prof. Dr. iur, Dipl.-Ök., DIAP (ENA, Paris), Universität Zürich.

- 5. Fazit
- III. Soziale Netzwerke
  - 1. Marktdefinition und Marktbeherrschung
  - 2. Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen
  - 3. Fazit
- IV. Datenschutz und Kartellrecht
- E. Standardisierung
  - I. Kartellrechtliche Vorgaben
  - II. Patenthinterhalte
  - III. Geltendmachung standardessentieller Patente
  - IV. Fazit
- F. Ausblick

## A. Ausgangspunkt

Eine der bemerkenswertesten Entwicklungen des Europäischen Wirtschaftsrechts ist die Demontierung der staatlichen Telekommunikationsmonopole, die mit der Endgeräte-Richtlinie der Europäischen Kommission im Jahr 1988 begann.<sup>1</sup> Man hätte meinen sollen, dass mit der Deregulierung und Liberalisierung der 1980er Jahre sowie der Internationalisierung und Digitalisierung ab den 1990er Jahren die Weichen in Richtung eines wettbewerblich verfassten Informations- und Kommunikationssektors gestellt gewesen wären. Ganz in diesem Sinn gab es starke Strömungen, die vor staatlichen Eingriffen in diesem Bereich warnten und für Selbstregulierung plädierten.<sup>2</sup> Unterschätzt wurden dabei die Kraft der Netzwerkeffekte sowie der Einfluss der Gröszen- und Verbundvorteile, denen eine Tendenz zum natürlichen Monopol anhaftet. Zweischneidig ist der Einfluss der Standardisierung, die durch die Herstellung von Interoperabilität zur Wettbewerbsintensivierung, bei strategischem Einsatz aber auch zu Gefahren für den Wettbewerb führen kann. Auf staatliche Aufsicht über den Wettbewerb auf den Märkten der Informationstechnologie kann deshalb auch in Zukunft nicht verzichtet werden. Die grösste Herausforderung stellen dabei die technischen und wirtschaftlichen Eigenheiten der Netzwirtschaft dar, die sich in unablässigem Wandel befinden.

Im Folgenden soll ein Überblick über den Stand des Europäischen Kartellrechts im Bereich der Informationstechnologie gegeben werden. Im Mittelpunkt stehen die Hardware- und Softwaremärkte (Kapitel C), das Internet (Kapitel D) und kartellrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Standardisierung (Kapitel E). Von zentraler Bedeutung ist die Frage, wie das Kartellrecht den Wettbewerb auf den IT-Märkten sichern kann, ohne den Innovationsanreizen Schaden

---

<sup>1</sup> Richtlinie 88/301/EWG der Kommission v. 16.5.1988 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikations-Endgeräte, ABl. 1988 L 131, 73, bestätigt durch EuGH, Rs. C-202/88, Frankreich/Kommission, Slg. 1991, I-1223.

<sup>2</sup> Nachweis der Diskussion bei *Andreas Heinemann*, Internet-Plattformen und Kartellrecht, in: Büllesbach/Dreier (Hrsg.), Konvergenz in Medien und Recht – Konfliktpotential und Konfliktlösung, 2002, 79, 81 ff.

zuzufügen. Allgemeine Probleme wie Flaschenhalssituationen beim Zugang zur Infrastruktur sollen genauso behandelt werden wie die führenden Einzelfälle, z.B. *IBM*, *Intel*, *Microsoft* und *Google*. Kein Raum bleibt für die kartellrechtlichen Aspekte der Netzneutralität<sup>3</sup> und der Distribution über das Internet,<sup>4</sup> für spezielles Regulierungsrecht<sup>5</sup> und die Kontrolle staatlicher Beihilfen.<sup>6</sup> Am Anfang soll ein Thema stehen, das sich im IT-Sektor auf dieselbe Weise stellt wie in allen anderen Wirtschaftsbereichen, nämlich das Verbot horizontaler Kernbeschränkungen (Kapitel B).

## B. Kartelle im IT-Sektor

Auch auf den Märkten der Informationstechnologie sind die grundlegenden Spielregeln einzuhalten, die für die gesamte Wirtschaft gelten. So dürfen Konkurrenten sich nicht über Preise, Mengen, Gebiete, Kunden oder andere Wettbewerbsparameter absprechen, wenn dies nicht (ausnahmsweise) durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist. Auch im IT-Sektor ist es zu Verstößen gegen diese Vorgaben gekommen.

### I. DRAM-Speicherchip-Kartell

Zehn Hersteller von DRAM-Speicherchips tauschten geheime Informationen aus und sprachen auf dieser Grundlage die Preise für den Verkauf ihrer Produkte an die Hersteller von PCs und Servern ab.<sup>7</sup> Im Speicherchipfall machte die Kommission zum ersten Mal Gebrauch von ihrer Mitteilung über Vergleichsverfahren<sup>8</sup>: Den Unternehmen wurde eine Reduktion der Geldbusse zugestanden, weil sie den Sachverhalt einräumten.

### II. Kartell der LCD-Bildschirmhersteller

Die Europäische Kommission verhängte gegen sechs koreanische und taiwanische Hersteller von LCD-Bildschirmen Geldbussen in Höhe von insgesamt rund

<sup>3</sup> S. z.B. *Simon Schlauri*, Network Neutrality – Netzneutralität als neues Regulierungsprinzip des Telekommunikationsrechts, 2010.

<sup>4</sup> S. z.B. den E-Books-Fall, in den auch *Apple* involviert war, und der durch Verpflichtungszusagen beigelegt wurde: Europäische Kommission, 12.12.2012, COMP/39.847 – E-Books, ABl. 2013 C 73, 17.

<sup>5</sup> Eingehend zur Frage des Regulierungsbedarfs im Internet *Rolf H. Weber*, From Competition Law to Specific Regulation in Internet Markets? A Critical Assessment of a Possible Structural Change (erscheint demnächst).

<sup>6</sup> Für den vorliegenden Zusammenhang s. beispielsweise Europäische Kommission, Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, ABl. 2013 C 25, 1.

<sup>7</sup> Europäische Kommission, 19.5.2010, COMP/38.511 – DRAMs, ABl. 2011 C 180, 15.

<sup>8</sup> Europäische Kommission, Mitteilung über die Durchführung von Vergleichsverfahren bei dem Erlass von Entscheidungen nach Artikel 7 und Artikel 23 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates in Kartellfällen, ABl. 2008 C 167, 1.

650 Millionen Euro.<sup>9</sup> Die Unternehmen sprachen vier Jahre lang die Preise ab und tauschten Informationen über die Produktion, die Kapazitätsauslastung, die Preisgestaltung und andere Geschäftsbedingungen aus. Die sogenannten "Crystal-Meetings" fanden meistens in Taiwan statt. Geschädigt wurden Käufer von Flachbildfernsehern und Computern in der ganzen Welt, also auch in der EU.

### III. Bildröhrenkartell

Zehn Jahre lang sprachen die wichtigsten Hersteller von Bildröhren für Fernsehgeräte und Computerbildschirme die Preise ab, beschränkten ihre Produktion und teilten Märkte und Kunden untereinander auf.<sup>10</sup> Treffen zu diesem Zweck fanden sowohl auf oberster Führungsebene als auch auf Managementebene an verschiedenen Orten in Asien und Europa statt. Die Kommission verhängte Geldbussen in Höhe von insgesamt 1,47 Milliarden Euro, dem bisher höchsten Betrag für einen Kartellfall. Die Respektierung der Kartellabsprachen wurde regelmässig überwacht, die Einhaltung der Kapazitätsbeschränkungen beispielsweise durch Fabrikbesuche. Das Kartell hatte besonders starken Einfluss auf die Endverkaufspreise, weil die Kosten für die Bildröhren 50 bis 70 Prozent des Verkaufspreises für die hiermit ausgerüsteten Fernsehgeräte und Computer ausmachten.

### IV. Kartelle für CD- und DVD-Laufwerke sowie für Smartcard-Chips

Weitere Verfahren laufen. Dreizehn Produzenten optischer Laufwerke wird vorgeworfen, mindestens fünf Jahre lang das Verhalten bei Ausschreibungen abgestimmt zu haben, die von zwei grossen Computerherstellern veranstaltet wurden.<sup>11</sup> In einem anderen Verfahren wirft die Kommission einer Reihe von Anbietern von Smartcard-Chips vor, ihre Verkaufspreise koordiniert zu haben.<sup>12</sup> Der Ausgang der Verfahren bleibt abzuwarten.

### V. Fazit

Kartelle im IT-Sektor unterscheiden sich nicht von Absprachen in anderen Wirtschaftszweigen. Horizontale Kernbeschränkungen sind volkswirtschaftlich äusserst schädlich und geniessen deshalb zu Recht die grösste Aufmerksamkeit durch die Kartellbehörden, also auch durch die Europäische Kommission. Was an den in jüngster Zeit geahndeten Kartellfällen im IT-Sektor auffällt, ist ihr globaler Charakter mit Auswirkungen in nahezu allen Staaten der Welt. Dies war vorher nur vereinzelt der Fall, so beim weltumspannenden Vitaminkartell der 1990er

---

<sup>9</sup> Europäische Kommission, 8.12.2010, COMP/39.309 – LCD (Liquid Crystal Displays), noch nicht im ABl.

<sup>10</sup> Europäische Kommission, 5.12.2012, COMP/39.437 – TV- und Computerbildröhren, noch nicht im ABl.

<sup>11</sup> Europäische Kommission, COMP/39.639 – Optische Laufwerke, Pressemitteilung IP/12/830 v. 24.7.2012.

<sup>12</sup> Europäische Kommission, COMP/39.574 – Smart card chips, Pressemitteilung IP/13/346 v. 22.4.2013.

Jahre.<sup>13</sup> Es verwundert deshalb nicht, dass solche Fälle von zahlreichen Kartellbehörden aufgegriffen werden. Trotz Zusammenarbeit der Staaten und Kartellbehörden in UNCTAD, OECD und im International Competition Network (ICN) wäre eine bessere Koordinierung paralleler Verfahren auf globaler Ebene vonnöten. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass in allen oben genannten (und von der Kommission abgeschlossenen) Fällen von der europäischen Kronzeugenregelung<sup>14</sup> Gebrauch gemacht wurde. Dies bestätigt die verbreitete Einschätzung, dass der Aussicht auf eine vollständige oder teilweise Amnestie für Unternehmen, die bei der Aufdeckung oder Verfolgung von Kartellen mitwirken, heute grosse praktische Bedeutung für die Destabilisierung der Kartelle zukommt.

Da die Durchsetzungssysteme unterschiedlich ausgestaltet sind, werden die verantwortlichen Unternehmen und Individuen mit einer Palette unterschiedlicher Sanktionen im Bereich des Verwaltungs-, Zivil- und Strafrechts konfrontiert. Beispielsweise wurden im LCD-Bildschirmkartellfall Mitarbeiter eines fehlbaren Unternehmens in den USA zu Freiheitsstrafen von drei Jahren verurteilt.<sup>15</sup> Privatrechtliche Sammelklagen auf der Basis des *opt out*-Prinzips, in denen dreifacher Schadenersatz geltend gemacht wird, sind in den USA ohnehin an der Tagesordnung. Die Diversität des Sanktioneninstrumentariums wird häufig übersehen, wenn Kritik an der Höhe der Geldbussen im Europäischen Kartellrecht geübt wird. Die EU verfügt über keine kartellrechtlichen Individualsanktionen. Ausserdem ist ein wirksames *private enforcement* erst im Entstehen befindlich.<sup>16</sup> Die Verfügbarkeit abschreckender Verwaltungssanktionen ist deshalb von besonderer Bedeutung.<sup>17</sup>

Abgesehen von der Diskussion um die angemessene Höhe der Geldbussen herrscht Konsens über die Schädlichkeit der klassischen Kartelle. In den im Folgenden zu besprechenden Fällen war dagegen häufig kartellrechtliches Neuland zu betreten. Es erstaunt deshalb nicht, dass die zugrunde liegenden Fragestellungen häufig kontroverser diskutiert werden.

<sup>13</sup> Europäische Kommission, 21.11.2001, COMP/37.512 – Vitamine, ABl. 2003 L 6, 1.

<sup>14</sup> Mitteilung der Kommission über den Erlass und die Ermässigung von Geldbussen in Kartellsachen, ABl. 2006 C 298, 17.

<sup>15</sup> Es handelte sich um zwei Mitglieder der Geschäftsführung des taiwanesischen Konzerns *AU Optronics*, s. New York Times v. 21.9.2012, B2.

<sup>16</sup> S. beispielsweise Europäische Kommission, Weissbuch: Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts, 2.4.2008, KOM(2008) 165 endgültig. Die Verabschiedung neuen Sekundärrechts in der Frage ist geplant. Die Kommission fügt mittlerweile standardmässig ihren Pressemitteilungen zu Kartellfällen den Hinweis hinzu, dass die Opfer vor den Gerichten der Mitgliedstaaten auf Schadenersatz klagen können. Diesem Hinweis kommt keine abschliessende Wirkung zu. Selbstverständlich können die Opfer nach den Regeln des Internationalen Zivilprozessrechts auch vor Zivilgerichten ausserhalb von EU und EWR, also z.B. in der Schweiz klagen. Die Regeln des Internationalen Privatrechts des jeweiligen Landes entscheiden dann darüber, welches Recht anwendbar ist. Dies kann nach den einschlägigen Kollisionsnormen (für die Schweiz s. Art. 137 IPRG) durchaus auch das Europäische Kartellrecht sein.

<sup>17</sup> Trotz eines schneidigen *private enforcement* ist übrigens auch in den USA ein Anstieg der Verwaltungssanktionen festzustellen. Im LCD-Fall wurde das bereits erwähnte Unternehmen *AU Optronics* mit einer Geldbusse in Höhe von 500 Millionen US-Dollar belegt, während sich die Geldbusse in der EU auf 116,8 Millionen Euro belief.

## C. Hardware- und Softwaremärkte

In der kartellrechtlichen IT-Praxis standen zunächst die Hardwaremärkte im Mittelpunkt des Interesses, bevor die Softwaremärkte hinzutraten. Auf spezielle Probleme der Internetmärkte wird im nächsten Kapitel (D) einzugehen sein.

### I. Hardwaremärkte

#### 1. IBM

Der erste grosse transatlantische IT-Fall war das *IBM*-Verfahren. *IBM* hatte 1981 den ersten Personal Computer (PC) auf den Markt gebracht, der sich rasch zu einem *de facto*-Industriestandard entwickelte. Die Hersteller von Peripheriegeräten und Software waren darauf angewiesen, "IBM-kompatibel" zu sein und begehrten von *IBM* Herausgabe der zur Herstellung von Interoperabilität benötigten Schnittstelleninformationen. Während in den USA ein Kartellverfahren ergebnislos eingestellt wurde, verpflichtete sich das Unternehmen 1984 gegenüber der Europäischen Kommission dazu, den Interessenten regelmässig die gewünschten Informationen zukommen zu lassen.<sup>18</sup> Damit war das Grundmuster des Europäischen IT-Kartellrechts vorgegeben: Nach Abwägung aller Interessen wurde dem Prinzip der Offenheit der Märkte der Vorzug gegeben vor dem Interesse eines marktbeherrschenden Unternehmens an der (alleinigen) Bedienung der benachbarten Märkte. Der Pioniercharakter des Entscheids kam auch dadurch zum Ausdruck, dass die Europäische Kommission keine förmliche Entscheidung traf, sondern zum Instrument der Selbstverpflichtung griff.

In der Folge entwickelte sich eine intensive Diskussion zur Rolle des Kartellrechts in hoch-innovativen Märkten. Die Kritiker verwiesen auf die Gefahren staatlicher Intervention für die Innovationsanreize von Technologieunternehmen und auf die Marktmachterosion durch Substitutionskonkurrenz. Die Gegenposition verwies auf die Bedeutung offener Märkte für das Entwicklungspotential anderer Unternehmen und kehrte das Argument der Innovationsanreize um: Der Marktbeherrscher wird stärkere Innovationsanstrengungen unternehmen, wenn er seinen Erfolg auf den Märkten nicht durch die Instrumentalisierung von Marktmacht erreichen darf, sondern die Abnehmer durch bessere, innovativere und/oder billigere Produkte überzeugen muss. Diese beiden Pole der Argumentation prägen die Diskussion bis heute. Während die erste Hypothese der US-amerikanischen Praxis zugrunde liegt, tendiert das Europäische Kartellrecht zur zweiten Deutungsmöglichkeit. Vor einer Übertreibung dieses Gegensatzes ist aber zu warnen, wie (nicht nur) der nun zu besprechende *Intel*-Fall zeigt.

#### 2. Intel

Verschiedene Kartellbehörden eröffneten Verfahren gegen *Intel*, so die Behörden in der EU, den USA, Japan und Südkorea. *Intel* stellt Mikroprozessoren her und hatte auf dem Markt für Central Processing Units (CPUs) vom Typus x86 einen Marktanteil von mindestens 70 Prozent. Das Unternehmen ist seit langer Zeit Marktführer. Das Kunstwort "Wintel", das für die enge Symbiose zwischen dem

---

<sup>18</sup> Europäische Kommission, Vierzehnter Bericht über die Wettbewerbspolitik 1984, 1985, Tz. 94 f.

kontinuierlich weiterentwickelten Betriebssystem *Windows* des Unternehmens *Microsoft* und den Mikroprozessoren von *Intel* steht, löste in den 1990er Jahren den Begriff der "IBM-Kompatibilität" ab. Der einzige wichtige Konkurrent für *Intel* wurde das Unternehmen *AMD*. Nach den Feststellungen der Europäischen Kommission missbrauchte *Intel* seine marktbeherrschende Stellung, indem das Unternehmen den Herstellern von Computern Rabatte gewährte, wenn diese ihre gesamte oder nahezu die gesamte Nachfrage bei *Intel* deckten. Ein grosser Einzelhändler erhielt Direktzahlungen, damit er nur Computer mit *Intel*-Prozessoren im Sortiment führt. Schliesslich wurden direkte Zahlungen an Computerhersteller vorgenommen, damit diese die Prozessoren Dritter benachteiligten. Die Kommission wertete die Verhaltensweisen als Behinderungsmissbrauch und legte *Intel* eine Geldbusse in Höhe von über einer Milliarde Euro auf.<sup>19</sup>

In den USA einigte sich die Federal Trade Commission (FTC) mit *Intel* u.a. darauf, dass mit Computerherstellern keine Ausschliesslichkeitsbindungen mehr eingegangen werden dürfen, und dass Kunden nicht deshalb benachteiligt werden dürfen, weil sie Prozessoren von Dritten bezogen haben.<sup>20</sup> Die FTC verweist darauf, dass durch den Vergleich zugleich das öffentliche Interesse an wirksamem Wettbewerb und der Innovationsspielraum des Unternehmens gewahrt bleibe.<sup>21</sup> Schon vorher verpflichteten die Behörden Japans und Südkoreas *Intel* dazu, den Computerherstellern keine Konditionen anzubieten, welche *AMD* diskriminieren. Während dies in Japan in Form eines Vergleichs geschah,<sup>22</sup> verhängte die südkoreanische Wettbewerbsbehörde eine Geldbusse in Höhe von umgerechnet 25,4 Millionen US-Dollar.<sup>23</sup>

### 3. Fazit

Auch im *Intel*-Fall geht es um die Frage, wie die Interessen des Marktbeherrschers mit dem Ziel eines Systems unverfälschten Wettbewerbs in Ausgleich gebracht werden können, ohne die Innovationsanreize der Beteiligten zu gefährden. Zu Recht sind die Kartellbehörden in der Welt zu dem Ergebnis gelangt, dass ein Marktbeherrscher keine Massnahmen ergreifen darf, welche die Konkurrenten in ihrer Möglichkeit behindern, mit besseren oder billigeren Produkten Erfolg am Markt zu haben. Der Fall illustriert auch, dass die transatlantischen Unterschiede in der Kartellrechtsanwendung bisweilen überbetont werden. Zwar wurde in der EU ein Rekordbussgeld verhängt, während in den USA ein Vergleich geschlossen wurde. Dies ändert aber nichts an der Tatsache, dass in beiden Rechtsordnungen das Verhalten des Marktbeherrschers als wettbewerbswidrig eingestuft wurde.

<sup>19</sup> Europäische Kommission, 13.5.2009, COMP/37.990 – Intel, ABl. 2009 C 227, 13. Ein Rechtsmittel zum Gericht ist unter der Rechtssachennummer T-286/09 hängig.

<sup>20</sup> FTC, Decision and Order, 2.11.2010 <<http://ftc.gov/os/adjpro/d9341/101102inteldo.pdf>> (zuletzt besucht am 15.5.2013).

<sup>21</sup> FTC, Pressemitteilung v. 4.8.2010 <<http://ftc.gov/opa/2010/08/intel.shtm>> (zuletzt besucht am 15.5.2013).

<sup>22</sup> Japanische FTC, Pressemitteilung v. 8.3.2005 <[http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly\\_2005/mar/2005\\_mar\\_8.html](http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly_2005/mar/2005_mar_8.html)> (zuletzt besucht am 15.5.2013).

<sup>23</sup> New York Times v. 21.6.2008, C1.



## II. Softwaremärkte

Probleme im Bereich der Software haben zunehmend an Bedeutung gewonnen. Von prominenter Bedeutung ist der *Microsoft*-Fall, den man als den wichtigsten Fall des Europäischen IT-Kartellrechts bezeichnen kann.

### 1. *Microsoft*

Die Europäische Kommission verhängte im Jahr 2004 eine Geldbusse in Höhe von knapp 500 Millionen Euro gegen *Microsoft*. Das Unternehmen hatte nach Auffassung der Behörde seine beherrschende Stellung auf dem Markt für PC-Betriebssysteme dadurch missbraucht, dass es Entwicklern von Serversoftware die nötigen Schnittstelleninformationen nicht zur Verfügung gestellt und den eigenen *Windows Media Player* zum Nachteil der Konkurrenten in das Betriebssystem integriert hatte.<sup>24</sup> Der Kommissionsentscheid wurde vom Gericht im Wesentlichen aufrechterhalten.<sup>25</sup> Der *Microsoft*-Fall hat zahlreiche Nachwehen gehabt.<sup>26</sup> Auf die ausführliche Diskussion in der Literatur kann hier verwiesen werden.<sup>27</sup> Für unseren Zusammenhang ist von Bedeutung, dass auch im *Microsoft*-Fall die Pflicht des Marktbeherrschers unterstrichen wurde, auf Märkten, die dem beherrschten Markt benachbart sind, Konkurrenz zuzulassen, notfalls durch die Herausgabe von Schnittstelleninformationen. Auch in den USA wurde diese Pflicht anerkannt, wenn auch nicht im selben Umfang<sup>28</sup> und nicht mit derselben Sanktionsfolge: Wie später im *Intel*-Fall wurde der Fall in der EU durch eine hohe Geldbusse, in den USA hingegen durch Vergleich beigelegt.

Der wichtigste Unterschied zwischen beiden Jurisdiktionen betrifft aber den Teil des EU-Entscheids über den *Windows Media Player*: Im Unterschied zum *Microsoft*-Verfahren in den USA mischte sich die Europäische Kommission in die technische Gestaltung der *Microsoft*-Produkte ein, indem sie das Unternehmen dazu verpflichtete, auch eine *Windows*-Version ohne den Media Player anzubieten. Diese Massnahme war nicht nur ungeeignet, da die volle Version zum selben Preis wie die "schlanke" Version verkauft werden durfte, so dass letztere kaum Abnehmer fand. Gravierender ist aber der hier im Vordergrund stehende Innovationsbezug: Kartellrecht wird benutzt, um das marktbeherrschende Unternehmen in der Freiheit der Gestaltung seiner Produkte einzuschränken. Die Konsequenzen einer solchen Pflicht sind unübersehbar. Es ist Ausdruck technischen Fortschritts, dass Software ständig mit neuen Funktionalitäten angereichert wird.

---

<sup>24</sup> Europäische Kommission, 24.3.2004, COMP/37.792 – *Microsoft*, ABl. 2007 L 32, 23.

<sup>25</sup> EuG, Rs. T-201/04, *Microsoft/Kommission*, Slg. 2007, II-3601. Ein Rechtsmittel zum Gerichtshof wurde nicht eingelegt.

<sup>26</sup> So verhängte die Kommission ein Zwangsgeld gegen *Microsoft*, weil das Unternehmen nach dem Grundentscheid den Wettbewerbern nicht zu angemessenen Bedingungen Zugang zu den Interoperabilitätsinformationen gewährte. Das Zwangsgeld wurde vom Gericht von 899 auf 860 Millionen Euro herabgesetzt, s. EuG, Urteil v. 27.6.2012, Rs. T-167/08, *Microsoft/Kommission*, noch nicht in der amtlichen Sammlung.

<sup>27</sup> S. z.B. *Carl Baudenbacher*, The CFI's *Microsoft* Judgment – Three Seconds that Changed the IT World, *European Law Report* 2007, 342; *Andreas Heinemann*, Compulsory Licences and Product Integration in European Competition Law – Assessment of the European Commission's *Microsoft* Decision, *IIC* 2005, 63; *Thomas Vinje*, *Ninette Dodoo*, *Microsoft v. EC: In the European Courts*, *CRi* 2005, 97.

<sup>28</sup> S. hierzu näher *Heinemann* (Fn. 27) 75 f.

Verpflichtet man den Marktbeherrscher dazu, neben der fortschrittlichen Software auch "modulare" Versionen fortzuführen, erhöht man die Kosten für Innovation, Produktion und Distribution und streut hierdurch Sand ins Getriebe von Forschung und Entwicklung.

Die Europäische Kommission hat hierauf reagiert: Im nachfolgenden Browser-Verfahren ordnete sie nicht an, dass *Microsoft Windows*-Versionen ohne den *Internet Explorer* anzubieten habe. Vielmehr verpflichtete sich das Unternehmen dazu, den Käufern des *Windows*-Betriebssystems fünf Jahre lang einen Auswahlbildschirm anzubieten, über den die Nutzer konkurrierende Browser herunterladen können. Allerdings respektierte das Unternehmen seine eigene Verpflichtungszusage nicht. Die Europäische Kommission verhängte deshalb wegen Verstosses gegen Art. 9 Abs. 1 (i.V. mit Art. 23 Abs. 2 lit. c) der Kartellverordnung<sup>29</sup> eine Geldbusse, die höher ausfiel als die Geldbusse im oben erwähnten Grundlagenentscheid aus dem Jahr 2004.<sup>30</sup>

Wenn man von der Compliance-Problematik absieht, stellt das Browser-Verfahren einen wichtigen Fortschritt in Richtung auf innovationsfreundliche Sanktionen dar: Das marktbeherrschende Unternehmen wird nicht bei der Weiterentwicklung seiner Produkte behindert. Vielmehr werden "smart sanctions"<sup>31</sup> gesucht, die einen Ausgleich von Innovation und Wettbewerb erlauben.

## 2. *Mathworks*

Ein ähnlich gelagerter Fall ist die Rechtssache *Mathworks*. Die Europäische Kommission hat ein Verfahren eröffnet, in dem zu klären sein wird, ob das Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung missbraucht hat.<sup>32</sup> Der Vorwurf des Missbrauchs wird auf die Weigerung gestützt, Schnittstelleninformationen herauszugeben, die zur Herstellung von Interoperabilität mit den weitverbreiteten Produkten von *Mathworks* erforderlich sind. Der Fall ähnelt der Server-Problematik im *Microsoft*-Fall. Die Europäische Kommission wird die hier entwickelten Grundsätze auf den neuen Fall anzuwenden haben.

## 3. *Open Source Software*

Bei der Genehmigung der Übernahme von *Sun Microsystems* durch *Oracle*<sup>33</sup> spielten spezielle Eigenschaften von Open-Source-Software eine Rolle. *Oracle* war u.a. der führende Anbieter proprietärer Datenbanken. Der Zielgesellschaft *Sun Microsystems* gehörte die grösste Open-Source-Datenbank (*MySQL*). Zunächst stellten sich Probleme bei der Berechnung der Marktanteile, da Umsatzkennzahlen aufgrund der kostenlosen Nutzung von Open-Source-Produkten nicht

<sup>29</sup> Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1, 1.

<sup>30</sup> Nämlich in Höhe von 561 Millionen Euro, s. Europäische Kommission, 6.3.2013, COMP/39.530 – Microsoft Tying, noch nicht im Amtsblatt.

<sup>31</sup> *Andreas Heinemann*, Verhaltenskontrolle von Marktbeherrschern: Auf der Suche nach festem Grund, in: Trigo Trindade/Peter/Bovet (Hrsg.), *Economie Environnement Ethique, De la responsabilité sociale et sociétale*, Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain, 2009, 165, 171.

<sup>32</sup> Europäische Kommission, COMP/39.840 – MathWorks, Pressemitteilung IP/12/208 v. 1.3.2012.

<sup>33</sup> Europäische Kommission, 21.1.2010, COMP/M.5529 – Oracle/Sun Microsystems, ABl. 2010 C 91, 7.

aussagekräftig waren. Die Kommission bestimmte deshalb direkt den Wettbewerbsdruck, der von der Zielgesellschaft auf *Oracle* ausging. Dieser war je nach Qualitätsstufen unterschiedlich. Entscheidend für die Fusionsgenehmigung wurde die Tatsache, dass aufgrund des Open-Source-Charakters von *MySQL* jederzeit sog. "forks", nämlich ursprungsgleiche Alternativen legal entstehen konnten. Ausserdem hatte *Oracle* öffentlich erklärt, weiterhin neue Versionen der Software unter einer Open-Source-Lizenz auf den Markt bringen zu wollen. Von Bedeutung war auch das Potential der Übernahme für die Hervorbringung innovativer Produkte.<sup>34</sup>

#### 4. Fazit

Im Europäischen Kartellrecht spielen die Gesichtspunkte der Kompatibilität und der Interoperabilität eine grosse Rolle. Marktbeherrschende Softwareentwickler sind in ihrer Freiheit eingeschränkt, die Herrschaft über die Schnittstellen zur Kontrolle benachbarter Softwaremärkte einzusetzen. Die Pflicht zur Herausgabe der Interoperabilitätsinformationen ermöglicht es Konkurrenten, auf diesen Märkten präsent zu sein. Dahinter steckt die Wertung, dass es besser für die Innovationsanreize aller Beteiligten ist, wenn Schnittstelleninformationen nicht strategisch eingesetzt werden dürfen.

### III. Sekundärmärkte

Unter Sekundärmärkten versteht man die Märkte für Zubehör, Ersatzteile und Wartungsdienstleistungen für bestimmte Hauptprodukte. Im Europäischen Kartellrecht werden ganz überwiegend getrennte relevante Märkte im kartellrechtlichen Sinn für Primär- und Sekundärgüter angenommen. Es stellt sich sodann die Frage, wie die Abhängigkeit der Sekundär- von den Primärmärkten rechtlich zu fassen ist.<sup>35</sup> Die Problematik sei am IT-relevanten Fall "IBM-Wartungsdienste" veranschaulicht.<sup>36</sup> Im Mittelpunkt des Falls standen die sog. Mainframes ("big iron"), nämlich Hochleistungsrechner, die von grossen Einrichtungen zur Speicherung und Verarbeitung von Geschäftsinformationen eingesetzt werden. *IBM* ist der mit Abstand wichtigste Produzent von Mainframesystemen. Aufgrund der zentralen Bedeutung der Mainframes für die Unternehmen und Behörden ist die Verfügbarkeit rascher Wartung von entscheidender Bedeutung. Wartungsdienstleistungen werden nicht nur von *IBM* selbst, sondern auch von unabhängigen Wartungsunternehmen erbracht. Nach den Feststellungen der Kommission hat *IBM* eine beherrschende Stellung auf dem Markt für bestimmte Ersatzteile und Informationen ("Inputs"), die zur Wartung von *IBM*-Mainframes benötigt werden. Es bestand der Verdacht, dass das Unternehmen von den Wettbewerbern auf dem Wartungsmarkt für den Bezug solcher Vorleistungen unangemessene Lieferbedingungen verlangt hat, was einer Verweigerung von Geschäftsbeziehungen nahe kommt. Die Bedenken wurden durch Verpflichtungszusagen (nach Art. 9 VO

---

<sup>34</sup> So die damalige Wettbewerbskommissarin *Neelie Kroes*, in: Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/10/40 v. 21.1.2010, 1.

<sup>35</sup> Zu den einschlägigen Fragestellungen s. die grundlegende Analyse von *Stefan Bechtold*, Die Kontrolle von Sekundärmärkten – Eine juristische und ökonomische Untersuchung im Kartell- und Immaterialgüterrecht, 2007.

<sup>36</sup> Europäische Kommission, 13.12.2011, COMP/39.692 – IBM-Wartungsdienste, ABl. 2012 C 18, 6.

1/2003) ausgeräumt. *IBM* verpflichtete sich, für einen Zeitraum von fünf Jahren die betreffenden Ersatzteile und Informationen zu angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen zeitnah zur Verfügung zu stellen.

Es fällt auf, dass die Kommission keine Überlegungen zu der Frage anstellt, ob *IBM* auf dem Markt für das Primärprodukt, nämlich die Grossrechner marktbeherrschend ist. Die Marktbeherrschung wurde lediglich für die Vorleistungen ("Inputs") festgestellt, die erforderlich sind, um IBM-Mainframes zu warten. Es wäre voreilig, hieraus weitreichende Schlussfolgerungen zu ziehen. Das Verfahren wurde durch Verpflichtungszusagen abgeschlossen; die Begründung ist dementsprechend summarisch. In einer streitigen Entscheidung wären weitere Fragen zu diskutieren, nämlich welchen Einfluss die Intensität des Wettbewerbs auf dem Primärmarkt auf die Bewertung der Sekundärmärkte hat. Auch wäre zu untersuchen, inwieweit die Käufer des Primärprodukts zum Kaufzeitpunkt bereits die Kosten für Sekundärgüter (wie Verbrauchsprodukte, Ersatzteile und Wartungsdienstleistungen) berücksichtigen. Hierzu ist nicht auf hypothetische, sondern auf reale Gewohnheiten abzustellen. Hinzuweisen ist auch darauf, dass die Problematik der Sekundärmärkte für den IT-Sektor sehr relevant, aber nicht hierauf beschränkt ist.<sup>37</sup>

## D. Das Internet

Fragen des Internetzugangs loten den Grenzbereich von speziellem Regulierungsrecht und allgemeinem Kartellrecht aus (Abschnitt I). Während die kartellrechtlichen Vorgaben für Suchmaschinen erste Konturen gewonnen haben (II), stehen die kartellrechtlichen Probleme der sozialen Netzwerke (III) und des Datenschutzes (IV) noch am Beginn der Diskussion.

### I. Internetzugang

#### 1. Regulierungsrecht

Das Recht des Internetzugangs ist in erster Linie durch besonderes Regulierungsrecht geprägt, in dessen Mittelpunkt die fünf Richtlinien und zwei Verordnungen des 2009 im Hinblick auf die Konvergenz der Medien revidierten "Telekom-Pakets" stehen.<sup>38</sup> Eines der Ziele des Pakets ist die Intensivierung des Wettbewerbs: Telekommunikationsunternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ("significant market power") können von der nationalen Regulierungsbehörde dazu verpflichtet werden, anderen Unternehmen Zugang zu ihren Netzen zu gewähren. Den einschlägigen Texten liegt aber der Gedanke zugrunde, dass es in erster Linie Aufgabe des Wettbewerbs und des Wettbewerbsrechts ist, die Probleme zu lösen. Im Europäischen Kartellrecht gilt deshalb der Grundsatz, dass das Regulierungsrecht nicht *lex specialis* zum allgemeinen Wettbewerbsrecht ist, sondern

<sup>37</sup> Eine allgemeine Analyse findet sich bei *John Temple Lang*, Practical Aspects of Aftermarkets in European Competition Law, CPI, Spring 2011, Vol. 7 No. 1, 198.

<sup>38</sup> Ein Überblick findet sich auf den Seiten der Europäischen Kommission zur Digitalen Agenda für Europa, <<https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/telecoms-rules>> (zuletzt besucht am 15.5.2013).

dass beide Rechtsmaterien nebeneinander Anwendung finden.<sup>39</sup> Kommission und Gerichtshof waren immer wieder mit Fällen konfrontiert, in denen die Tragweite des Europäischen Kartellrechts für Fragen des Internetzugangs zu klären war. Die Grundlinien sind im Folgenden am Beispiel der jüngeren Entscheidungspraxis nachzuzeichnen.

## 2. Zugangsverweigerung

Ausgangspunkt ist der Fall zum führenden polnischen Telekommunikationsunternehmen. *Telekomunikacja Polska* (TP) hat eine beherrschende Stellung auf den polnischen Märkten für den Breitbandzugang. Das Unternehmen wendete eine Vielzahl von Praktiken an, um neuen Breitbandanbietern den Zugang zu seinem Netz zu versperren (unangemessene Vertragsbedingungen, Verzögerung von Vertragsverhandlungen, Zurückhaltung benötigter Informationen etc.). Die Europäische Kommission verhängte wegen Verstosses gegen Art. 102 AEUV eine Geldbusse in Höhe von 127 Millionen Euro.<sup>40</sup> In ihrer Pressemitteilung stellte die Kommission in unmissverständlicher Klarheit fest: "Als marktbeherrschendes Unternehmen muss TP anderen Anbietern auf den nachgelagerten Telekommunikationsmärkten gegen Zahlung eines entsprechenden Entgelts Zugang zu seinem Telekommunikationsnetz und seinen Breitbandvorleistungsdiensten gewähren."<sup>41</sup> Ein Verstoß gegen Zugangspflichten verstößt also nicht nur gegen Regulierungs-, sondern auch gegen Kartellrecht, was die Zuständigkeit der Europäischen Kommission und die Verfügbarkeit abschreckender Geldbussen begründet.

## 3. Kampfpreisunterbietung

Auch wenn der Zugang zum Netz nicht vollständig verweigert wird, können bestimmte Preisstrategien einen ähnlichen Effekt haben. Im Fall *France Télécom* stellten Kommission, Gericht und Gerichtshof eine missbräuchliche Kampfpreisstrategie fest. Die alteingesessene Telekommunikationsanbieterin hatte eine beherrschende Stellung auf dem Markt für Breitband-Internetzugang in Frankreich. Sie bot Breitbandzugang teilweise unterhalb der variablen Kosten, teilweise unter den durchschnittlichen Vollkosten an. Nach den im Europäischen Kartellrecht geltenden Regeln<sup>42</sup> wird bei Preisen unterhalb der durchschnittlichen variablen Kosten das Vorliegen einer missbräuchlichen Kampfpreisstrategie vermutet. Bei Preisen zwischen den durchschnittlichen variablen und den durchschnittlichen Gesamtkosten ist der Nachweis erforderlich, dass die Preispolitik Teil eines Plans

---

<sup>39</sup> S. EuG, Urteil v. 29.3.2012, Rs. T-336/07, Telefónica und Telefónica de España/Kommission (noch nicht in der amtlichen Sammlung), Rz. 293: "Somit ergänzen die Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrags im Wege der Ausübung einer nachträglichen Kontrolle den vom Unionsgesetzgeber gesetzten Rechtsrahmen für die Vorabregulierung der Telekommunikationsmärkte".

<sup>40</sup> Europäische Kommission, 22.6.2011, COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska, ABl. 2011 C 324, 7. Ein Rechtsmittel ist beim Gericht unter der Rechtssachennummer T-486/11 hängig.

<sup>41</sup> Europäische Kommission, COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska, Pressemitteilung IP/11/771 v. 22.6.2011.

<sup>42</sup> S. den Entscheid des EuGH, Rs. C-62/86, *AKZO/Kommission*, Slg. 1991, I-3359. Das Konzept wurde weiterentwickelt in: Europäische Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. 2009 C 45, 7, Tz. 23 ff.

zur Verdrängung von Mitbewerbern ist. Gericht und Gerichtshof bestätigten, dass die Kommission diese Voraussetzungen rechtsgenügend nachgewiesen hatte.<sup>43</sup> Ein Unterschied zum US-amerikanischen Antitrustrecht besteht darin, dass im Europäischen Kartellrecht nicht der Nachweis erforderlich ist, dass die in der Phase der Niedrigpreispolitik angehäuften Verluste später mit hinreichender Wahrscheinlichkeit wieder ausgeglichen werden.

#### 4. Kosten-Preis-Schere

Im Europäischen Kartellrecht ist die Kosten-Preis-Schere als eigenständige Missbrauchsform anerkannt. Der Missbrauch besteht darin, dass es die Differenz zwischen dem von einem Marktbeherrscher praktizierten Endverkaufspreis und den von ihm für die Vorleistung in Rechnung gestellten Kosten auch einem gleich effizienten Unternehmen nicht ermöglicht, rentabel zu wirtschaften. Die Kartellbehörden müssen also nicht nachweisen, dass der Vorleistungspreis missbräuchlich hoch oder der Endkundenpreis missbräuchlich niedrig ist. Es reicht aus, die Behinderungswirkung der Kosten-Preis-Differenz zu belegen.

In der Rechtssache *Deutsche Telekom* entschied die Europäische Kommission, bestätigt von Gericht und Gerichtshof, dass die vom deutschen Ex-Monopolisten für den Netzzugang verlangten Preise wegen des Missverhältnisses zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreis als missbräuchlich zu qualifizieren seien.<sup>44</sup> Hervorzuheben ist, dass der Missbrauch auch nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass die Tarife des Marktbeherrschers durch die zuständige Regulierungsbehörde genehmigt wurden. Entscheidend ist, dass das Unternehmen ausreichenden Handlungsspielraum hatte, die Tarife also auf ein kartellrechtlich zulässiges Niveau hätte anpassen können.<sup>45</sup>

Im Vorabentscheidungsverfahren *TeliaSonera Sverige* bestätigte und präzisier- te der Gerichtshof diese Grundsätze. Ein Missbrauch liegt dann vor, wenn die Differenz zwischen Endkundenpreis und Vorleistungspreis negativ ist oder nicht ausreicht, um einem ebenso effizienten Unternehmen den kostendeckenden Zugang zum Endkundenmarkt zu erlauben.<sup>46</sup> In methodologischer Hinsicht ist bemerkenswert, dass der Gerichtshof ausdrücklich Abstand von einer streng wirkungsorientierten Kartellrechtsanwendung nimmt: Der Nachweis eines unmittelbaren Schadens für die Verbraucher ist nicht erforderlich; es reicht aus, dass diese durch die Beeinträchtigung des Wettbewerbs geschädigt werden.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> S. EuGH, Rs. C-202/07 P, *France Télécom/Kommission*, Slg. 2009, I-2369 m.w.N.

<sup>44</sup> EuGH, Rs. C-280/08 P, *Deutsche Telekom/Kommission*, Slg. 2010, I-9555 m.w.N.

<sup>45</sup> EuGH, C-280/08 P, *Deutsche Telekom/Kommission* (Fn. 44), Rz. 84 ff.

<sup>46</sup> EuGH, Rs. C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, Slg. 2011, I-527, Rz. 32. Im gleichen Sinn EuG, Rs. T-336/07, *Telefónica und Telefónica de España/Kommission* (Fn. 39), Rechtsmittel zum EuGH hängig unter der Rechtssachennummer C-295/12.

<sup>47</sup> EuGH, Rs. C-52/09, *TeliaSonera Sverige* (Fn. 46), Rz. 24; s. auch Rz. 64 des Urteils: "Demzufolge setzt die Feststellung der Missbräuchlichkeit einer derartigen Praxis den Nachweis voraus, dass sie eine wettbewerbswidrige Wirkung auf dem Markt, wenn auch nicht unbedingt im konkreten Fall, hat, denn es genügt der Nachweis einer potenziellen wettbewerbswidrigen Wirkung, durch die zumindest ebenso effiziente Wettbewerber wie das beherrschende Unternehmen verdrängt werden könnten".

## 5. Fazit

Das Europäische Kartellrecht ist neben dem Regulierungsrecht anwendbar. Die Europäische Kommission macht von den ihr kartellrechtlich zustehenden Eingriffsbefugnissen Gebrauch, wenn es das Ziel der Markttöffnung erfordert. Sie sorgt auf diesem Weg dafür, dass die Abschaffung staatlicher Monopole nicht durch missbräuchliches Verhalten der ehemaligen Monopolunternehmen konterkariert wird. Offenbar bedarf die dezentrale Regulierungspraxis der Ergänzung durch eine Aufsicht auf Unionsebene.

## II. Suchmaschinen

### 1. Bedeutung

Suchmaschinen sind das wichtigste Tor zum World Wide Web und reduzieren dessen Komplexität.<sup>48</sup> Für die werbende Wirtschaft haben Suchmaschinen zentrale Bedeutung erlangt: Kontextsensitive Werbung verbessert die Zielsicherheit von Marketingmassnahmen erheblich. Netzwerkeffekte, Grössen- und Verbundvorteile, technische Schwierigkeiten und andere Marktzutrittsschranken haben zu hoher Marktkonzentration geführt. In Europa ist *Google* die mit grossem Abstand führende Suchmaschine geworden.<sup>49</sup> Suchmaschinen haben rechtliche Fragen in verschiedenen Rechtsgebieten aufgeworfen, z.B. im Persönlichkeits- und Datenschutzrecht<sup>50</sup> sowie im Urheberrecht.<sup>51</sup> Im vorliegenden Zusammenhang stehen die kartellrechtlichen Fragen im Vordergrund, die sich insbesondere in der Fusionskontrolle und beim Missbrauchsverbot stellen.

### 2. Google/DoubleClick

Im Jahr 2008 genehmigte die Europäische Kommission die Übernahme von *DoubleClick* durch *Google*.<sup>52</sup> *Google* erzielt nahezu sämtliche Einnahmen aus Online-Werbung, die einerseits auf den eigenen Seiten (AdWords), andererseits

---

<sup>48</sup> S. Andreas Heinemann, Reduktion von Komplexität durch Suchmaschinen: Ökonomische Grundlagen und kartellrechtliche Vorgaben, in: Brandi-Dohrn/Lejeune (Hrsg.), Recht 2.0 – Informationsrecht zwischen virtueller und realer Welt, 2008, 13.

<sup>49</sup> Nach den Feststellungen der Europäischen Kommission hat Google im EWR einen Marktanteil von über 90 Prozent im Bereich der allgemeinen Online-Suche, s. Europäische Kommission (Fn. 57), 4.

<sup>50</sup> S. Patricia Hager, Google Street View – Eine Verletzung des Rechts am eigenen Bild?, in: Jusletter 23. Juli 2012.

<sup>51</sup> Nils Rauer, "Google Book Search" – Richter Chin verweigert auch dem überarbeiteten Vergleichsvorschlag seine Zustimmung, GRUR-Prax 2011, 185; Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Stellungnahme zum Gesetzesentwurf für eine Ergänzung des Urheberrechtsgesetzes durch ein Leistungsschutzrecht für Verleger, 27.11.2012 <[http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/Stellungnahme\\_zum\\_Leistungsschutzrecht\\_fuer\\_Verleger.pdf](http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/Stellungnahme_zum_Leistungsschutzrecht_fuer_Verleger.pdf)> (zuletzt besucht am 15.5.2013); Thomas Hoeren, Das Leistungsschutzrecht für Presseverlage, in: Jusletter 6. Mai 2013. Anzumerken ist der Bezug urheberrechtlicher Fragen zum Kartellrecht: Zu den Verpflichtungen von Google im Kartellrechtsverfahren vor der Europäischen Kommission gehört auch die Zusage, "Zeitungsverlegern einen Mechanismus zur Verfügung zu stellen, mit dem sie Website für Website die Anzeige ihrer Inhalte in Google News kontrollieren können" (Europäische Kommission, Fn. 57, 3).

<sup>52</sup> Europäische Kommission, 11.3.2008, COMP/M.4731 – Google/DoubleClick, ABl. 2008 C 184, 10.

auf den Seiten von Werbepartnern geschaltet wird (AdSense). Der Schwerpunkt der Aktivitäten von *DoubleClick* lag auf den Technologien im Bereich Adserving sowie Management und Auswertung für Website-Betreiber. Die Europäische Kommission kam zu dem Ergebnis, dass der Zusammenschluss nicht zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs i.S. von Art. 2 Abs. 3 FKVO führen würde. Die Kommission nahm keine definitive Marktabgrenzung für die Werbemärkte vor, da in keiner der möglichen Varianten wettbewerbsrechtliche Bedenken aufgeworfen würden. So blieb beispielsweise offen, ob auf dem Gebiet der Online-Werbung ein eigener Teilmarkt für suchgebundene Anzeigen anzunehmen ist.<sup>53</sup> Die Kommission kam zu dem Ergebnis, dass *DoubleClick* erheblichem Wettbewerbsdruck vonseiten anderer Adserving-Tool-Anbieter ausgesetzt sei, so dass Website-Betreiber und Werbetreibende ausreichende Ausweichmöglichkeiten hätten.

Auch das führende Suchmaschinenunternehmen hat also einigen Spielraum beim externen Wachstum, und zwar auch auf eng benachbarten Märkten. Es bleibt abzuwarten, wie weit die Behörden diesen Spielraum ziehen werden.

### 3. *Google-Verfahren in den USA*

Suchmaschinen beeinflussen den wirtschaftlichen Erfolg von Unternehmen. Es ist wichtig, weit vorne auf den Trefferlisten von Suchmaschinen zu erscheinen. Es wundert deshalb nicht, dass Konflikte entstanden sind: Unternehmen, die mit Ihrer Platzierung auf den Trefferlisten nicht zufrieden sind, bezweifeln die Objektivität des Rankingalgorithmus und kritisieren dessen Intransparenz. Auch wird der Vorwurf erhoben, dass *Google* die eigenen Dienste bevorzuge und konkurrierende Unternehmen entsprechend benachteilige ("search bias"). Teilweise wird – in Parallele zur Netzneutralität – gefordert, dass bei Suchmaschinen "Suchneutralität" zu herrschen habe.<sup>54</sup>

In den USA und in der EU ist es deshalb zu Kartellverfahren gekommen. Das Verfahren in den USA wurde durch Vergleich abgeschlossen.<sup>55</sup> In dem für das Geschäftsmodell von *Google* zentralen Punkt, nämlich der Objektivität der Suchkriterien, verzichtete die Federal Trade Commission auf eine Intervention. Nach Auffassung der Behörde sind Änderungen des Suchalgorithmus als Innovationen gerechtfertigt, selbst wenn einzelne Wettbewerber hierdurch geschädigt würden. Verhaltensänderungen gibt es aber in anderen Bereichen: *Google* verzichtet auf Exklusivität im AdWords-Geschäft: Werbetreibende müssen die Möglichkeit haben, gleichzeitig andere Werbeplattformen zu benutzen. Ausserdem dürfen Unternehmen nicht aus der natürlichen Trefferliste entfernt werden, wenn sie aus *Googles* spezialisierten Suchdiensten herausoptieren.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> Allerdings spricht viel dafür, dass ein separater Produktmarkt für kontextbezogene Online-Werbung existiert, s. hierzu *Fabio Babey*, Kartellrechtliche Anforderungen an Suchmaschinen, Diss. Zürich 2010, 55 ff. m.w.N.

<sup>54</sup> S. die Diskussion verschiedener Vorschläge bei *Torsten Körber*, Google im Fokus des Kartellrechts, wrp 2012, 761.

<sup>55</sup> FTC, Pressemitteilung v. 3.1.2013 <<http://www.ftc.gov/opa/2013/01/google.shtm>> (zuletzt besucht am 15.5.2013).

<sup>56</sup> Der wichtigste Aspekt des Vergleichs, nämlich die Verhaltensbeschränkungen zu Lasten von Inhabern standardessentieller Patente, hat keinen Bezug zum Suchmaschinengeschäft. S. hierzu unten E.III.



#### 4. *Google-Verfahren in der EU*

Es zeichnet sich ab, dass es in der EU ebenfalls zu einer nicht-streitigen Erledigung des Verfahrens kommen wird. Im Gegensatz zu den USA wird *Google* aber auch im Kerngeschäft wohl Verpflichtungszusagen abgeben müssen. So besteht der Anfangsverdacht, dass die Bevorzugung von Links zu eigenen Diensten und die damit verbundene Benachteiligung konkurrierender Dienste missbräuchlich i.S. von Art. 102 AEUV ist, da die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher eingeschränkt und Innovationen behindert werden.<sup>57</sup>

Es fällt auf, dass die Analyse der Europäischen Kommission in Bezug auf den Innovationsaspekt damit zu einem Ergebnis kommt, das demjenigen im amerikanischen Verfahren genau entgegengesetzt ist. Zur Ausräumung der Bedenken verpflichtet sich *Google* für eine Frist von fünf Jahren, die Links zu den eigenen spezialisierten Suchdiensten besonders zu kennzeichnen und von den natürlichen Online-Suchergebnissen abzusetzen. Zusätzlich sind Links zu drei konkurrierenden Diensten in die Nähe zum *Google*-eigenen Dienst zu setzen.

Die weiteren Verpflichtungszusagen ähneln denjenigen in den USA: Die Anbieter spezialisierter Suchdienste müssen die Möglichkeit haben, die Verwendung ihrer Daten in den spezialisierten Diensten von *Google* auszuschliessen, ohne Nachteile in der natürlichen Trefferliste zu haben. Ausserdem sind Ausschlussbindungen aufzulösen und dürfen Werbetreibenden nicht vom plattformübergreifenden Management von Suchmaschinen-Werbekampagnen abgehalten werden.<sup>58</sup>

#### 5. *Fazit*

Die suchmaschinenbezogenen Märkte sind stark konzentriert. Die marktbeherrschende Suchmaschine ist gesteigerten Verhaltenspflichten unterworfen. Das Kartellverfahren in der EU geht in dieser Hinsicht weiter als dasjenige in den USA. Dies mag einerseits damit zu tun haben, dass *Google* in Europa eine noch stärkere Stellung als in den USA hat. Der tiefere Grund betrifft aber den Innovationsaspekt. Während in den USA die Frage im Vordergrund steht, ob und wie stark die Innovationsanreize des marktstarken Unternehmens durch die Anwendung des Kartellrechts berührt werden, werden im Europäischen Kartellrecht die Folgen für die Innovationsanreize aller Beteiligten berücksichtigt. Auch wenn der Interventionsgrad der Kartellaufsicht in der EU deshalb höher ist, wäre der Vorwurf der Innovationsschädlichkeit vor diesem Hintergrund unberechtigt.

### III. Soziale Netzwerke

Im Gegensatz zu den Suchmaschinen haben die sozialen Netzwerke noch keine kartellrechtlichen Probleme aufgeworfen, jedenfalls nicht in Europa. In den USA gab es erste Gerichtsverfahren, in denen es um Probleme der Datenübertragbarkeit ging. Sozialen Netzwerken wurde vorgeworfen, sie ergriffen Massnahmen,

---

<sup>57</sup> Europäische Kommission, COMP/39.740 – Google, Pressemitteilung IP/13/371 v. 25.4.2013, 2. Bei Abschluss des Manuskripts befanden sich die vorgeschlagenen Verpflichtungszusagen noch im Stadium des Markttests.

<sup>58</sup> Europäische Kommission (Fn. 57), 3.

um die Übertragung von Nutzerdaten auf konkurrierende Netzwerke zu verhindern. Die Gerichte konnten jedoch keinen Kartellrechtsverstoss feststellen.<sup>59</sup>

### 1. Marktdefinition und Marktbeherrschung

In der kartellrechtlichen Analyse sind zunächst die relevanten Märkte zu definieren. Soziale Netzwerke stellen – wie so viele andere Produkte im Internet – mehrseitige Märkte dar, so dass zumindest zwischen internetbasierten Märkten für die Nutzung sozialer Vernetzung einerseits und Internetwerbemärkten andererseits zu unterscheiden ist. Die Einzelheiten werden zu klären sein, z.B. die Frage, ob die Nutzmärkte weiter nach privater oder professioneller Nutzung zu unterteilen sind. Für die nähere Definition der Werbemärkte ist deren Funktionsweise im Zusammenhang mit sozialen Netzwerken zu untersuchen, z.B. die Kontextbezogenheit. Hier stellen sich ähnliche Probleme wie bei den Suchmaschinen.

Von der (engen oder weiten) Marktdefinition wird abhängen, ob marktbeherrschende Stellungen existieren. Hierfür sind allerdings nicht nur die Marktanteile, sondern viele andere Kriterien relevant, insbesondere die Marktzutrittsschranken.<sup>60</sup> Es erstaunt nicht, dass soziale Netzwerke starke Netzwerkeffekte schaffen. Der individuelle Nutzen steigt mit der Nutzung der Einrichtung durch andere. Positive Externalitäten machen grössere Netzwerke interessanter als kleinere, was eine Tendenz zum natürlichen Monopol, also hohe Marktzutrittsschranken verursacht. Diese Aussage ist allerdings zu nuancieren: Es ist fraglich, ob die Ausdehnung des sozialen Netzwerks dem Einzelnen wirklich einen Mehrwert verschafft, wenn der Durchschnittsnutzer doch nur Kontakt mit einer beschränkten Anzahl anderer Nutzer hat.<sup>61</sup> Zur Bewertung der *lock in*-Effekte sozialer Netzwerke wird die empirische Untersuchung des Nutzerverhaltens notwendig sein.

### 2. Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen

Wie bereits erwähnt, hat in den USA die Frage der Datenübertragbarkeit zu ersten kartellrechtlichen Gerichtsverfahren geführt.<sup>62</sup> Auch für das europäische Kartellrecht ist die Frage zu stellen, ob eine wettbewerbswidrige Behinderung vorliegt, wenn soziale Netzwerke Ausschliesslichkeitsbindungen praktizieren, welche die Nutzer von der Übertragung ihrer Daten auf andere Netzwerke abhalten.<sup>63</sup> Aufgrund der wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Kartellrechts liegt Ausschliesslichkeit nicht erst dann vor, wenn sie ausdrücklich durch Vertrag vereinbart wird. Sie kann auch implizit vorgesehen werden. Alle Umstände des Einzelfalls sind hierbei zu würdigen, wozu auch technische Massnahmen gehören, die eine Löschung des Nutzerprofils erschweren oder verunmöglichen. Im Rahmen der kar-

<sup>59</sup> US Court of Appeals for the Ninth Circuit, 22.12.2008, No. 07-56604, *LiveUniverse, Inc. v. MySpace, Inc.*; US District Court for the Northern District of California, 20.7.2010, No. C 08-05780 JW, *Facebook, Inc. v. Power Ventures, Inc.*

<sup>60</sup> Zu den Marktzutrittsschranken auf innovativen Märkten s. *Nicolaus Gauß*, Die Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots nach Art. 82 EG (Art. 102 AEUV) in innovativen Märkten, 2010, 103 ff.

<sup>61</sup> Vgl. *Christopher S. Yoo*, When Antitrust Met Facebook, 19 *George Mason L. Rev.* 1147, 1152 (2012).

<sup>62</sup> S.o. Fn. 59.

<sup>63</sup> Einschlägige Verhaltensweisen können auch der Fallgruppe des Ausbeutungsmissbrauchs zuzuordnen sein, wenn nämlich Nutzer zur weitgehenden Abtretung der Rechte an ihren Daten gedrängt oder ihnen sonstige unangemessene Geschäftsbedingungen auferlegt werden.

tellrechtlichen Prüfung ist auch zu berücksichtigen, dass legitime Gründe, nämlich datenschutzrechtliche Erwägungen dafür sprechen können, die Datenübertragbarkeit einzuschränken. Allerdings ist dieses Anliegen nicht einschlägig, wenn der Betroffene selbst seine Daten übertragen möchte. Es ist deshalb zu begrüssen, dass die Europäische Kommission in ihrem Entwurf einer EU-Datenschutz-Grundverordnung<sup>64</sup> ein Recht auf Datenübertragbarkeit vorsieht.<sup>65</sup> Dahinter steht der Gedanke, dass Datenportabilität die Kontrolle der Betroffenen über ihre Daten stärkt. Sehr umstritten ist die Frage, ob zum Kontrollrecht auch ein "Recht auf Vergessenwerden" im Netz gehört oder gehören sollte.<sup>66</sup>

### 3. Fazit

Die Diskussion kartellrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit sozialen Netzwerken steht noch ganz am Anfang. Einschlägiges Fallrecht existiert in Europa noch nicht. Im Gegensatz zu *IBM*, *Microsoft*, *Intel* und *Google* gibt es noch nicht den *Facebook*-Fall. Es ist aber nicht auszuschliessen, dass kartellrechtliche Probleme im Zusammenhang mit sozialen Netzwerken an Bedeutung gewinnen werden.

## IV. Datenschutz und Kartellrecht

Es existieren Spannungen zwischen der immer intensiveren Vernetzung der Onlinewelt und den Anliegen des Datenschutzes. Die Unternehmen haben ein berechtigtes Interesse an der Zuschneidung ihrer Dienstleistungen auf die speziellen Bedürfnisse der Kunden. Auf der anderen Seite besteht die Gefahr des Datenmissbrauchs. Die Probleme sind in erster Linie durch das Datenschutzrecht zu lösen, auf EU-Ebene also durch die Datenschutzrichtlinie,<sup>67</sup> die voraussichtlich durch die Datenschutz-Grundverordnung<sup>68</sup> ersetzt werden wird.

Denkbar ist in diesem Zusammenhang aber auch die Anwendung des Kartellrechts. Handelt es sich um marktbeherrschende Unternehmen, kann ein verbotener Missbrauch vorliegen, wenn Verstösse gegen Datenschutzrecht dazu benutzt werden, Vorteile gegenüber Wettbewerbern zu erlangen. Präzedenzfälle für einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV gibt es noch nicht. Datenschutzrechtliche Gesichtspunkte sind aber in einem Fusionsfall, nämlich *Google/DoubleClick*<sup>69</sup> relevant geworden. Zum ersten Mal wurden Personendaten als Vermögensgegenstand im Rahmen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung gewürdigt. Der Zusammenschluss führte zu einem bedeutenden Anstieg des Bestands an solchen Personen-

---

<sup>64</sup> Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr v. 25.1.2012, KOM(2012) 11 endgültig.

<sup>65</sup> Art. 18 des Verordnungsentwurfs (Fn. 64).

<sup>66</sup> So Art. 17 des Verordnungsentwurfs (Fn. 64). Mit dem Recht auf Vergessenwerden nach aktuellem Recht, nämlich der Datenschutz-Richtlinie von 1995 (Fn. 67), wird sich der EuGH in der hängigen Rechtssache C-131/12 (*Google Spain* und *Google*) auseinanderzusetzen haben.

<sup>67</sup> Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr v. 24.10.1995, ABl. 1995 L 281/31.

<sup>68</sup> S.o. Fn. 64.

<sup>69</sup> S.o. D.II.2.

daten. Die Kommission ging aber davon aus, dass dieser Vorteil durch die Wettbewerber ausgeglichen werden könne.

Man kann aus der Vorgehensweise der Europäischen Kommission schliessen, dass es gegen die Zulassung eines Zusammenschlusses spräche, wenn dieser zu einem ausschliesslichen Zugang zu Personendaten in einem bestimmten Markt führte.<sup>70</sup>

## E. Standardisierung

### I. Kartellrechtliche Vorgaben

Kartellrechtliche Probleme der Standardisierung stellen sich immer dann, wenn technische Normen nicht hoheitlich, sondern privat, z.B. im Rahmen von Normenorganisationen festgelegt werden. Die Europäische Kommission hat die Anforderungen an die Kartellrechtskonformität von Normenvereinbarungen in ihren Kooperationsleitlinien präzisiert.<sup>71</sup> Im Sinne eines "sicheren Hafens" liegt jedenfalls dann keine Wettbewerbsbeschränkung i.S. von Art. 101 Abs. 1 AEUV vor, wenn sich alle betroffenen Unternehmen am Normungsprozess beteiligen können, objektive Kriterien für die Auswahl der relevanten Technik bestehen, das Verfahren transparent ist, niemand zur Einhaltung der Norm verpflichtet wird und Dritten der Zugang zur Norm zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen gewährt wird.<sup>72</sup> Ein Konzept für Rechte des geistigen Eigentums ist vorzusehen, das die Beteiligten zur gutgläubigen Offenlegung der normrelevanten Schutzrechte und zur Abgabe einer FRAND-Erklärung verpflichtet. Letztere ist schriftlich abzugeben und verpflichtet die Beteiligten, Dritten zu fairen, zumutbaren und diskriminierungsfreien Bedingungen Lizenzen zu erteilen, falls die betreffenden Schutzrechte Bestandteil des Standards werden.<sup>73</sup>

### II. Patenthinterhalte

FRAND-Selbstverpflichtungen sollen Patenthinterhalten vorbeugen. Es kommt vor, dass Unternehmen im Zusammenhang mit Standardisierungsvorgängen die Existenz eigener Schutzrechte verschweigen, um nach Annahme der Norm hohe Lizenzgebühren zu verlangen. Grosse Bekanntheit hat in diesem Zusammenhang der *Rambus*-Fall erlangt: Nach in den USA und in der EU erhobenen Vorwürfen hatte das Unternehmen an der Normierung bestimmter Speicherchips teilgenommen, dabei aber verschwiegen, dass es über standardessentielle Patente und Patentanmeldungen verfügte. Nach Annahme des Standards machte *Rambus* seine

<sup>70</sup> Vgl. *Joaquín Almunia*, Competition and personal data protection, SPEECH/12/860 v. 26.11.2012, 4; *Damien Geradin/Monika Kuschewsky*, Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2216088](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088)> (zuletzt besucht am 15.5.2013).

<sup>71</sup> Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11, 1, Rn. 277 ff.

<sup>72</sup> Ebenda, Rn. 280 f.

<sup>73</sup> S. hierzu *Rolf H. Weber*, Competition Law versus FRAND Terms in IT Markets, 34 World Competition 51 (2011).

Schutzrechte geltend und verlangte hohe Lizenzgebühren. In den USA stellte die FTC einen Verstoß gegen das Monopolisierungsverbot in Section 2 Sherman Act fest.<sup>74</sup> Die Rekursinstanz hob den Entscheid auf: Selbst wenn *Rambus* die Schutzrechte offengelegt hätte, wäre die betreffende Norm vielleicht angenommen worden. Die Nichtoffenlegung der Schutzrechte habe also lediglich eine FRAND-Selbstverpflichtung verhindert. Allein aus hohen Lizenzgebühren folge aber kein Kartellrechtsverstoß.<sup>75</sup>

Auch in der EU kam es nicht zu einer streitigen Entscheidung. *Rambus* verpflichtete sich allerdings dazu, keine Lizenzgebühren für Schutzrechte zu verlangen, die während der Zugehörigkeit des Unternehmens zur Normenorganisation in den Standard aufgenommen wurden. Andere Lizenzgebühren wurden der Höhe nach begrenzt.<sup>76</sup> Hier zeigt sich der grösste Unterschied zum US-amerikanischen Recht (jedenfalls in seiner Auslegung durch den US Court of Appeals for the DC Circuit): Während dieses auf die Anreizwirkungen hoher Preise setzt, qualifiziert das europäische Recht die Erzwingung von Monopolpreisen als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV).<sup>77</sup>

### III. Geltendmachung standardessentieller Patente

Auch wenn Patente unter Abgabe einer FRAND-Selbstverpflichtung in einen Standard einbezogen worden sind, stellen sich viele weitere Fragen.<sup>78</sup> Die Praxis tut sich schwer mit der Durchsetzung von FRAND-Verpflichtungen.<sup>79</sup> Aktuell steht die Frage im Vordergrund, ob ein Unternehmen in der Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen gegen angebliche Schutzrechtsverletzer beschränkt ist, wenn es eine FRAND-Selbstverpflichtung abgegeben hat, sich zur Lizenzierung zu angemessenen Bedingungen also bereit erklärt hat. Die Europäische Kommission hat den Unternehmen *Samsung* und *Motorola* Beschwerdepunkte mitgeteilt, wonach die Unternehmen durch die Erwirkung von Unterlassungsverfügungen gegen Konkurrenten ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht hätten. Marktbeherrschende Inhaber standardessentieller Patente sind – nach der vorläufigen Einschätzung der Europäischen Kommission – nach Abgabe einer FRAND-

---

<sup>74</sup> FTC, Final Opinion and Order, 5.2.2007 <<http://www.ftc.gov/opa/2007/02/070502rambus.htm>> (zuletzt besucht am 15.5.2013).

<sup>75</sup> US Court of Appeals for the DC Circuit, 22.4.2008, No. 07-1086, *Rambus v. FTC*, 18: "high prices and constrained output tend to attract competitors, not to repel them". In diesem Sinn auch US Supreme Court, *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004).

<sup>76</sup> Europäische Kommission, 9.12.2009, COMP/38.636 – *Rambus*, ABl. 2010 C 30, 17.

<sup>77</sup> Zu den Schwierigkeiten der Begründung von Behinderungs- und Ausbeutungsmissbrauch in den Fällen des Patenthinterhalts s. *Hanns Ullrich/Andreas Heinemann*, in: *Immennga/Mestmäcker* (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 2 – Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Teil GRUR B, 5. Aufl. 2012, Rn. 51a.

<sup>78</sup> S. hierzu beispielsweise *Claudia Tapia*, *Industrial Property Rights, Technical Standards and Licensing Practices (FRAND) in the Telecommunications Industry*, 2010.

<sup>79</sup> Das Verfahren gegen *Qualcomm*, in dessen Mittelpunkt der Vorwurf stand, dass die vom Unternehmen verlangten Lizenzgebühren das FRAND-Niveau überstiegen, wurde von der Europäischen Kommission ergebnislos eingestellt, s. Europäische Kommission, MEMO/09/516 v. 24.11.2009.

Selbstverpflichtung gehalten, den Verhandlungsweg einzuschlagen, wenn die Nutzer der Norm zur Zahlung von FRAND-Gebühren bereit sind.<sup>80</sup>

In den USA wurde bereits eine Lösung gefunden: *Google*, das *Motorola Mobility Inc.* im Jahr 2012 übernommen hat,<sup>81</sup> verpflichtete sich im Vergleich mit der FTC dazu, standardessentielle Patente nicht gegen Unternehmen geltend zu machen, die dazu bereit seien, Lizenzverträge zu FRAND-Konditionen abzuschließen. Die FTC verweist auf die Gefahr höherer Preise und das Risiko einer Abnahme von Investitionen in neue Technologien.<sup>82</sup>

#### IV. Fazit

Sowohl das europäische als auch das US-amerikanische Kartellrecht haben besonderes Augenmerk auf die Folgen der Kartellrechtsanwendung für die Innovationen. Die Akzente werden jedoch unterschiedlich gesetzt: Während das US-Antitrustrecht das hohe Innovationstempo auf IT-Märkten betont und auf die mittel- bis langfristige Erosion von Marktmacht setzt, ist es dem europäischen Kartellrecht ein besonderes Anliegen, die tatsächlichen Voraussetzungen von Substitutionskonkurrenz zu gewährleisten und die Instrumentalisierung von Marktmacht zu unterbinden. Die Unterschiede sollten aber nicht übertrieben werden. So kommt man in vielen Fragen, z.B. auch beim Thema der Geltendmachung standardessentieller Patente, zu vergleichbaren Lösungen.

#### F. Ausblick

In der hochtechnisierten Welt der Informationstechnologie durchzieht das Innovationsthema als Leitmotiv die kartellrechtliche Diskussion. Bedarf es besonderer Regeln, um dem Hightech-Charakter dieses Sektors gerecht zu werden? Die Ausführungen haben deutlich gemacht, dass dies nicht der Fall ist. Nicht bereichsspezifische Ausnahmeregeln sind erforderlich, sondern die komplexen wirtschaftlichen Zusammenhänge sind adäquat zu erfassen. Die moderne Informationstechnologie senkt Kosten, beschleunigt die Kommunikation, verkürzt Distanzen und erleichtert deshalb in vielen Fällen den Marktzugang, intensiviert also den Wettbewerb. Andererseits führen Externalitäten wie z.B. der Netzwerkeffekt zu höherer Konzentration und damit zu einer Schwächung des Wettbewerbs. Die Aufgabe des Kartellrechts besteht darin, die Märkte so offen wie möglich zu halten, ohne den Innovationsanreizen Schaden zuzufügen. Dies kann nur gelingen, wenn in die erforderlichen Abwägungen die Innovationsanreize aller Beteiligten eingestellt werden.

<sup>80</sup> Europäische Kommission, 21.12.2012, COMP/39.936 – Samsung, Pressemitteilung IP/12/1448; Europäische Kommission, 6.5.2013, COMP/39.985 – Motorola, Pressemitteilung IP/13/406. Im Motorola-Fall kam hinzu, dass sich die Beklagte (nämlich *Apple*) mit der verbindlichen Festlegung der Gebührenhöhe durch ein Gericht einverstanden erklärt hatte. S. eingehend zur Problematik *Torsten Körber*, Standardessentielle Patente, FRAND-Verpflichtungen und Kartellrecht, 2013.

<sup>81</sup> S. Europäische Kommission, 13.2.2012, COMP/M.6381 – Google/Motorola Mobility, ABl. 2012 C 75, 1.

<sup>82</sup> S.o. Fn. 55.

Gerade auch angesichts der mittel- und langfristigen Wirkungen von Innovation ist dabei die Verengung der Betrachtungsweise auf kurzfristige Effekte unbedingt zu vermeiden. Auch wenn Prognosen umso schwerer fallen, je weiter der zeitliche Horizont gesteckt wird, käme es zu schweren kartellrechtlichen Fehlentwicklungen, wenn hieraus der Verzicht auf Langfristbetrachtungen abgeleitet würde. Der Europäische Gerichtshof hat in jüngerer Zeit wiederholt hervorgehoben, dass das Europäische Kartellrecht "nicht nur die Interessen einzelner Wettbewerber oder Verbraucher schützen [soll], sondern auch die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen".<sup>83</sup> In Fällen mit starkem Innovationsbezug ist hieraus zu folgern, dass dem Schutz der Offenheit von Märkten ein Eigenwert zukommt. Auch wenn es starke Kräfte in Richtung grosser Marktmacht gibt, muss diese doch immer angreifbar bleiben. Nur so kann es gelingen, den Wettbewerb auf den Märkten der Informationstechnologie nachhaltig zu sichern.

---

<sup>83</sup> S. z.B. EuGH, Urteil v. 7.2.2013, Rs. C-68/12, *Slovenská sporiteľňa*, Tz. 18, noch nicht in der amtl. Slg. (am Beispiel von Art. 101 AEUV).